|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע** | | |
|  | | |
| עת"מ 42067-01-17 נחום עמוס קבלן לעבודות בנין ופיתוח בע"מ נ' עיריית אשדוד ואח' | | 13 פבר 2017 42067-01-17 |
|  | | |
| **השופטת** | חני סלוטקי | |
|  | | |
| **העותרת** | נחום עמוס-קבלן לעבודות בנין ופיתוח בע"מ ע"י עו"ד רות ברק ו אמוץ וייס | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **המשיבות** | 1. עיריית אשדוד 2. י. ינקוביץ- הנדסה בניין ופיתוח בע"מ  ע"י עו"ד לימור ספצ'ק עו"ד ישראל הרפז | |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|  |

עתירה שעניינה במכרז שפרסמה עיריית אשדוד (להלן: "המשיבה 1") להקמת מבנה עבור אגף הגבייה של המשיבה 1.

לעתירה דנן, קדמה עתירה נוספת: 2840-12-16 (להלן: "העתירה הקודמת"), שהוגשה גם כן על ידי העותרת כאן ובעניינו של המכרז מושא עתירה זו.

הרקע להגשת העתירה הקודמת, היה בהחלטת וועדת המכרזים מיום 6.11.16 אשר קבעה כי המשיבה 2 (שם ובעתירה דנן) היא הזוכה במכרז, זאת לאחר שפסלה את הצעתה של העותרת.

ההחלטה האמורה התקבלה בוועדת המכרזים על ידי חבר וועדה אחד והשניים האחרים שנכחו בוועדה, נמנעו.

בדיון מיום 6.12.16, בעתירה הקודמת, הסכימו הצדדים להצעת בית המשפט, לפיה הדיון יוחזר לדיון מחדש בוועדת המכרזים ובהתאם לקבלת החלטה חדשה. עוד הוסכם כי ב"כ הצדדים יופיעו בפני וועדת המכרזים.

ביום 18.12.16 התקיימה ישיבת וועדת המכרזים, כמצוות פסק הדין, במסגרתה הופיעו ב"כ הצדדים והתקבלה החלטת וועדת המכרזים (להלן: "ההחלטה").

ביום 5.1.17 הודיעה העירייה לעותרת, כי וועדת המכרזים החליטה לפסול הצעתה בגין אי עמידה בתנאי הסף ולקבוע כי המשיבה 2 היא הזוכה במכרז.

**א. טענות העותרת**

בנוסף לטענות העותרת ביחס למכרז ולעמידתה בתנאיו, כפי שנטענו כבר בעתירה קודמת, הוסיפה העותרת וטענה ביחס להחלטה החדשה של וועדת המכרזים.

לטענת העותרת, מעיון בפרוטוקול ישיבת וועדת המכרזים מיום 18.12.16, הוועדה אומנם שמעה את הצדדים- בבחינת יצאה ידי חובתה על פי פסק הדין, ואולם, הוועדה לא קיימה כלל דיון בטענות העותרת.

בנוסף, הוועדה לא קיבלה תשובה לשאלתה של חברת וועדת המכרזים שנשאלה עוד בדיון הקודם.

חברת הוועדה נמנעה מלהצביע בפעם הקודמת ובאופן לא מפתיע, נמנעה גם הפעם.

וועדת המכרזים לא התמודדה עם טענותיה של העותרת, ולא קיימה דיון מחודש במכרז שזו היא התכלית להשבת הדיון לוועדת המכרזים, כמצוות פסק הדין.

בנוסף לכך, העותרת חזרה על טענותיה בעתירתה הקודמת, כמפורט להלן.

העותרת טענה כי היא חברה קבלנית בעלת ניסיון רב בתחום הקמת מבני ציבור, לרבות אצל העירייה והצעתה במכרז היא הצעה טובה וראויה והיא גם ההצעה הזולה ביותר מבין אלו שהוצעו במכרז.

לטענתה, פסילת הצעתה התבססה על פרשנות שגויה ומוטעית של תנאי הסף, המתעלמת לחלוטין מלשונו הברורה של תנאי הסף, לפיה ניתן לעמוד בתנאי הניסיון הנדרש באמצעות הוכחת ניסיון בהקמתם של מבנים שונים שנכללו ברשימה סגורה שקבעה המשיבה, בתנאי המכרז וביניהם "גני ילדים".

לטענת העותרת, משהיא הקימה גני ילדים בעבור עיריית אשקלון, בתקופה קצרה של ארבעה חודשים ובהיקף כספי העולה על הנדרש בתנאי הסף, תוך שהציגה חשבון סופי, הרי שעמדה בתנאי הסף הנדרש. המדובר במכרז אחד, להקמת 21 גני ילדים, בהיקף של מעל ל-20 מיליון ₪.

העותרת הוסיפה כי בעקבות תהיות בדבר הפרשנות הנכונה של תנאי הסף, ולאחר שנערך לעותרת שימוע, ביקשה וועדת המכרזים לקבל חוות דעת משפטית בעניין. לטענתה, לא הוצגה בפני וועדת המכרזים חוות דעת מנומקת ומבוססת על בחינת לשון הוראת תנאי הסף והפסיקה. תחת זאת, הונחה בפני הוועדה חוות דעת המצטטת את תנאי הסף, תוך התעלמות מוחלטת מהרשימה הסגורה של המבנים שהוגדרו בתנאי הסף כ"מבנה". לטענת העותרת, חוות הדעת מנותקת מההוראה הספציפית שבתנאי הסף ומהרשימה הסגורה של סוגי מבנים ל"מבנה" ושבה נכללו גם "גני ילדים"- בלשון רבים, ולא "גן ילדים" בודד, בלשון יחיד.

משכך, לא הייתה הוועדה רשאית להוסיף לתנאי הסף את מה שלא נמצא בו, כאילו הכוונה היא לגן ילדים אחד בודד בהיקף בנייה של 20 מיליון ₪. על אף שהדבר הובהר כבר בשימוע והוסבר כי לא ניתן לעמוד בפרשנות החדשה שכן אין מבנה בודד של גן ילדים הנבנה בהיקף כספי של 20 מיליון ₪.

חוות הדעת התעלמה גם מעמדתם של פקידי העירייה בשימוע ולפיה ניתן להציג ניסיון של הקמת מספר מבנים של גני ילדים, בתנאי שמדובר במתחם אחד- עמדה הסותרת את הפרשנות המאוחרת שבחוות הדעת.

הבעייתיות שבפרשנות שניתנה בחוות הדעת לא נעלמה מעייני אחת מחברי וועדת המכרזים וזו ביקשה להבין האם הקמה של בית ספר הכולל מספר אגפים, קרי מספר מבנים, עומד בתנאי הסף של "מבנה". שאלתה של חברת וועדת המכרזים לא קיבלה מענה.

לטענת העותרת, המשיבה בחרה בפרשנות מרחיבה שעה שבחנה את הצעת המשיבה 2 ואילו בבחינת הצעת העותרת, נקטה בפרשנות מצומצמת ביותר החותרת תחת לשון המכרז.

מדובר בפגיעה קשה בשוויון בין מציעים ובפסילה שלא כדין של הצעה כשרה שהייתה הזולה ביותר במכרז.

**ב. טענות המשיבה 1**

לטענת המשיבה 1, דין העתירה והבקשה לצו ביניים להידחות על הסף. זאת, משהעותרת מנסה לייחס פרשנות מוטעית לתנאי הסף במכרז, פרשנות שלטענת המשיבה 1 אינה עומדת בקנה אחד עם לשונו של תנאי הסף וגם לא עם כוונתו הברורה והמובהקת.

לטענתה, לא נפל פגם בהחלטת וועדת המכרזים לפסול את הצעתה של העותרת למכרז. לשיטתה, הוועדה לא יכלה לקבל החלטה אחרת מזו שקיבלה, נוכח אי עמידתה של העותרת בתנאי המכרז.

לטענתה לשון תנאי הסף ברורה, בהירה ומובנית ועולה בקנה אחד עם מטרת התנאי ותכליתו.

ניסיונה של העותרת לטעון כי הקמת 21 מבנים בהיקף קטן (גני ילדים), הם מבנה אחד, לצורך תנאי הסף- הוא מופרך וחסר כל היגיון.

עוד הוסיפה וטענה המשיבה 1, כי חברי הוועדה שמעו ארוכות את טענות העותרת והחליטו כאמור, לפסול את הצעת העותרת לאור אי עמידתה בתנאי הסף. לפיכך טענה, כי אין לקבל את טענת העותרת לפיה לא התקיים כלל דיון מחדש בוועדת המכרזים.

עוד טענה כי אין לקבל גם את טענת העותרת בעתירה דנן, לפיה יש להתייחס גם לכוונת תנאי הסף שהיא לטענתה, כוונה לפרויקט כספי גדול.

לעומת זאת, מול וועדת המכרזים טענה ב"כ העותרת כי יש להתעלם מכוונת הסעיף ולהתרכז במלל של תנאי הסף.

לטענת המשיבה 1, די בכך כדי לדחות את הבקשה והעתירה על הסף לאור חוסר תום הלב בו נוקטת המבקשת.

יתירה מכך, הוסיפה המשיבה 1, כי לשון התנאי וכן תכליתו, מצביעים על פרשנות המשיבה. לטענתה, קבלת עמדתה של העותרת תביא לתוצאה מעוותת בכל קנה מידה, כך שמחד גיסא תיאלץ העירייה להפקיד את גורלו של המבנה אדיר ההיקף והתקציבים הנלווים לבניה בידי קבלן שלא הצליח להוכיח כל ניסיון רלוונטי בבנייה מסוג זה, כמוגדר בתנאי הסף.

מאידך גיסא, יש להביא בחשבון קבלנים אחרים שאולי ביצעו מבנים פעוטי היקף כגון גני הילדים שהקימה העותרת ונמנעו מלהשתתף במכרז, נוכח תנאי הסף הברורים שבו.

המשיבה 1 טענה כי דרישתו של תנאי הסף הייתה ברורה היטב לעותרת, ונוכח זאת לא בחלה בהצגת נתונים שונים, וכלשון המשיבה 1, לא מדויקים (בלשון המעטה), לוועדת המכרזים.

לשיטתה, חוסר תום הלב בהתנהלותה של העותרת הוא עילה לדחיית העתירה והבקשה על הסף.

כך למשל, בטבלה ששלחה העותרת אל העירייה, במענה לפנייתו של מנהל מחלקת המכרזים בעירייה להשלמת הנתונים המוכיחים עמידתה בתנאי הסף, ציינה העותרת בין יתר הנתונים, כי ביצעה עבור העירייה את בית הספר י"ז בעלות כוללת של 22 מיליון ₪.

אלא, שנתון זה הוא שגוי ומוטה כלפי מעלה באופן קיצוני. מבירור אצל מ"מ מחלקת מבני ציבור בעירייה עלה כי ההיקף הכולל של הקמת בית הספר האמור, הייתה 17.8 מיליון ₪ בלבד.

המשיבה 1 ציינה כי נוכח אומדן ההקמה המשוער של מבנה אגף הגבייה, תכליתו של סעיף תנאי הסף הייתה לאתר מציעים בעלי ניסיון מהשנים האחרונות, בהקמת מבנה אחד או שני מבנים, בהיקף כספי משמעותי.

באשר לטענת העותרת לעניין השימוש בלשון רבים – "גני ילדים", טענה המשיבה 1 כי הסעיף האמור נוקט בלשון רבים לרוב המוחלט של סוגי המבנים המפורטים בו, גם בסוג המבנים שעלות ההקמה של מבנה בודד היא מעל 20 מיליון ₪. לפיכך טוענת המשיבה 1, אין להסיק מכך שכוונת העירייה הייתה להצגת ניסיון של יותר מ-2 מבני גן במצטבר. עוד טענה כי נקיטת לשון רבים ביחס ל"גני ילדים" נעשתה משום שלרוב ביחס לגני ילדים מדובר במבנה גן הכולל מספר כיתות גן והדבר נועד לחדד שאין הכוונה לכיתה אחת, כי אם ל"מבנה גני ילדים".

באשר לטענה כי פרשנות זו אינה אפשרית וכי אין גן שעלות הקמתו היא 20 מיליון ₪, טענה המשיבה כי במקרה זה קיימת החלופה של שני מבנים באופן מצטבר, כאשר אחד המבנים יכול להיות גני ילדים.

עוד טענה המשיבה, כי ככל שהעותרת סברה כי נפל פגם בהגדרת "מבנה" הקבוע בתנאי המכרז, היה עליה לפנות לוועדת המכרזים בשאלת הבהרה במועד שנקבע לכך, ובטרם הגשת הצעתה למכרז ולא להמתין לקבלת ההחלטה בדבר פסילת הצעתה.

העותרת צירפה להצעתה מסמכים להוכחת ניסיונה, מהם עלה כי אין היא עומדת בתנאי הסף ועל כן ניתנה לה הזדמנות, בשני מועדים שונים, להשלמת המסמכים. למרות זאת, לא הצליחה העותרת להוכיח כי היא עומדת בתנאי הסף. אף על פי כן, הוחלט שלא לפסול הצעת העותרת באופן מידי וזו זומנה לשימוע ובכך קיבלה הזדמנות נוספת להוכיח עמידתה בתנאי הסף. לאחר השימוע ביקשה הוועדה לקבל חוות דעת משפטית בטרם תקבל החלטתה. בחוות הדעת שהתקבלה נקבע כי הצעת החברה אינה עומדת בתנאי הסף, משהמסמכים שהוצגו על ידה אינם מעידים על הקמת מבנה אחד בהיקף כספי של 20 מיליון ₪. כן נקבע, כי העובדה שהקמת גני הילדים נעשתה מכח התקשרות אחת, אין בה כדי לענות על הדרישות הקבועות בתנאי הסף למכרז.

לטענת המשיבה 1, פסילת הצעת העותרת נעשתה כדין ועל פי חוות דעת משפטית. בהחלטת וועדת המכרזים לא נפל פגם של חוסר סבירות או אפליה לרעה בקבלת החלטות.

**ג. טענות המשיבה 2**

לטענת המשיבה 2 הסיבה העיקרית לדחיית הצעתה של העותרת הייתה אי עמידתה בתנאי הסף שנקבעו במכרז.

המשיבה 2 טענה כי פרשנותה של העותרת למונח הפשוט להבנה, כלשונה, היא מעוותת. עוד הוסיפה ושאלה, אם פרשנות מבנה אחד יכולה להכיל מספר מבנים כיצד יפורש המונח "שני מבנים"?

עוד טענה המשיבה 2 כי העותרת לא הציגה יכולת לבנות מבנה אחד התואם את הגדרות אופי המבנה שבמכרז, בהיקף כספי של 20 מיליון ₪ או של שני מבנים בהיקף כספי של 30 מיליון ₪.

העותרת הציגה בניית ממ"דים בהיקף כספי של מעל 20 מיליון ₪ אך הם אינם מסוג המבנים הנכנסים להגדרת "מבנה" במסמכי המכרז, לפיכך נדחו בצדק על ידי וועדת המכרזים.

כך גם נדחו בצדק גני הילדים שהציגה העותרת, משעלות הבניה של כל גן ילדים היא בין 1.6 מיליון ₪ לבין 4.2 מיליון ₪.

על אף ההזדמנות הנוספת שניתנה לעותרת להוכיח יכולתה, הדבר לא עלה בידה.

**ד. דיון והכרעה**

1. אין חולקין כי הצעתה של העותרת היא ההצעה הזולה ביותר שהוגשה למכרז והיא זולה בכ-650 אלף ₪ מהצעתה של המשיבה 2.

השאלה העומדת להכרעה היא שאלת פרשנותו של תנאי הסף במכרז, שעל פי פרשנות המשיבה 1 לסעיף, נפסלה הצעתה של העותרת והצעתה של המשיבה 2 התקבלה כהצעה הזוכה במכרז.

לשון תנאי הסף הקבוע בסעיף 3(א)(4) למכרז מושא העתירה (נספח א' לעתירה) היא כדלהלן:

**"בעל ניסיון קודם של 7 שנים לפחות המסתיימות במועד הגשת ההצעות למכרז, בביצוע עבודות בניה, ואשר בנה במהלך שנים אלה, לפחות מבנה אחד, אשר היקפו הכספי הינו לפחות 20,000,000 ₪ (עשרים מיליון ₪) (לפני מע"מ) בהתאם לחשבון סופי מאושר ע"י המזמין או לחילופין, שבנה במהלך שנים אלה, שני מבנים אשר היקפם הכספי המצטבר הינו לפחות 30,000,000 ₪ (שלושים מיליון ₪) (לפני מע"מ), בהתאם לחשבון סופי מאושר ע"י המזמין.**

**לצורך עמידה בתנאי סף זה "מבנה" הינו:**

**בתי ספר, גני ילדים, בנייני משרדים, מעונות יום, מוזאונים, בתי כנסת, מקוואות, אולמות ספורט, היכל תרבות, ספריות, מתנ"סים, טיפות חלב, בתי חולים ומרפאות;"**

המחלוקת שהתעוררה בענייננו היא, האם יש לפרש "מבנה" כמספר בתי ספר, מספר גני ילדים וכו', כמפורט בהגדרת "מבנה" במכרז, כטענת העותרת. אם מתקבלת פרשנות זו העותרת עומדת בתנאי הסף שכן בנתה בתקופה של מספר חודשים, בשנים הרלוונטיות, 21 גנים בפרויקט כספי אחד, מטעם עיריית אשקלון. או, שיש לפרש "מבנה" כבניין אחד, כטענת המשיבות. על פי פרשנות המשיבות, אין העותרת עומדת בתנאי הסף של המכרז.

**2**. בבוא בית המשפט להכריע במחלוקת בדבר פרשנות לשון המכרז, עליו לעשות כן, כפי שנפסק בהלכה וכמצוטט להלן בעע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ [פורסם בנבו (12.04.2009)] (להלן: "עניין סופרמאטיק"):

**"הכלל הפרשני הנוהג בדיני המכרזים הוא כי כאשר קיימים מספר פירושים סבירים ללשון המכרז יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן" (עע"ם 5949/07 אמישראגז -גז טבעי בע"מ נ' פז-גז (1993) בע"מ, פסקה 9 (טרם פורסם, [פורסם בנבו], 28.4.2008)). המערערת טענה כי פרשנות תנאי המכרז חייבה את פסילת ההצעה הזוכה. ואולם, כפי שראינו לשון המכרז ותכליתו אינם מחייבים מסקנה זו. כאשר קיימים מספר פירושים סבירים יש להעדיף פרשנות שתרחיב את מעגל המשתתפים במכרז ולא תצמצם אותה. כפי שקבעה השופטת שטרסברג-כהן:**

**"לדעתי, ההגנה על הציפייה הסבירה ועל האינטרסים של משתתפי המכרז מחייבת, כי מקום שבו תנאי המכרז אינם ברורים כל צורכם וניתן לפרשם באופנים שונים שמידת סבירותם שווה, והם מתיישבים עם לשון מסמכי המכרז ועם תכליתו, יש להעדיף פרשנות המקיימת את הצעות משתתפי המכרז על פני פרשנות הפוסלת אותן [...]. גישה זו יש בה כדי להכשיר השתתפות חוג רחב יותר של מציעים, להגביר את התחרותיות ולהביא ברכה גם במישור הכלכלי" (עניין אלישרא, בעמ' 10-9).**

**אחד הנימוקים לכלל זה, כפי שנקבע שם הוא ש"יש בו גם כדי להגן על הסתמכותו של הצד שלא נטל חלק בניסוח המכרז, ובלבד שאדם סביר בנעליו אכן היה יכול לפרש את תנאי המכרז כפי שפירשם צד זה". יש גם לזכור, בהקשר זה, כי "בעוד שמציע אינו רשאי לכלול בהצעתו פריטים, שיש בהם שינוי מהותי מתנאי המכרז, 'אין כל פסול בהצעה, שיש בה תנאים או מגבלות, שאין בהם שינוי או הסתייגות או פטור מתנאי המכרז' [....] נוכח הכלל הפרשני המעדיף פרשנות המקיימת הצעות על פני פרשנות הפוסלת אותן ועל רקע ההנמקה שבצדו המבקשת להגן על הסתמכות המשתתפים, והזוכה ביניהם, מתחזקת המסקנה כי אין לקבל את טענת המערערת שהיה הכרח לפסול את ההצעה הזוכה ודין הערעור אפוא להידחות."**

**3. לשון סעיף תנאי הסף במכרז**

**א.** הגדרת "מבנה" בתנאי הסף, היא בלשון רבים:

**"לצורך עמידה בתנאי סף זה "מבנה" הינו:**

**בתי ספר, גני ילדים, בנייני משרדים, מעונות יום, מוזאונים, בתי כנסת, מקוואות, אולמות ספורט, היכל תרבות, ספריות, מתנ"סים, טיפות חלב, בתי חולים ומרפאות;"**

על כן, על פי לשון הסעיף, בניית מספר גני ילדים, בהיקף כספי של לפחות 20 מיליון ₪, בהתאם לחשבון סופי מאושר שהציגה העותרת, עומדת בתנאי הסף.

אין לקבל את טענת המשיבות לפיה, השימוש בלשון רבים הוא לצורך פירוט מבנים מסוגם של המבנים המפורטים בהגדרת "מבנה", שכן כל פירוט המבנים מופיע בלשון רבים, למעט "היכל תרבות" המופיע בלשון יחיד. כפי שיובהר להלן, לא בכדי "היכל תרבות" מופיע בלשון יחיד.

מכאן, על פי לשון הסעיף, לא הייתה כוונה לגן ילדים במבנה אחד, אלא לגני ילדים במספר מבנים.

הוברר כי, בניית גן ילדים אחד אינה מגיעה לכדי עלות כספית של 20 מיליון ₪ ופרשנות אחרת מזו של העותרת מייתרת את התנאי האמור ביחס לגני ילדים.

עניין זה עלה בישיבת וועדת המכרזים מיום 5.10.2016, (נספח יב' לעתירה), כאשר חבר הוועדה- מר שור אומר לנציג העותרת "אנו צריכים מבנה אחד" וזה משיב לו כי, הדבר אינו אפשרי משלא ניתן למצוא מבנה אחד, של גן ילדים בעלות הנדרשת.

לכך משיב לו חבר הוועדה, מר היימן: "אם אני לוקח 4 גני ילדים זוגיים מדובר על בערך 8 מיליון ₪ וזה מבנה אחד? אם אני מוסיף להם עוד מבנה של 22 מיליון אז בעצם מדובר על שני מבנים של 30 מיליון?"

הינה כי כן, גם חבר הוועדה אינו טוען כי ניתן לעמוד בתנאי הסף של המכרז באמצעות "מבנה אחד" של גן ילדים (אפילו יהא זה בדמות של 4 גני ילדים זוגיים) בהיקף כספי של 20 מיליון ₪.

יתירה מכך, על פי פרשנות המשיבות, הרי שגם מבנים אחרים המנויים בהגדרת "מבנה" בסעיף תנאי הסף, מתייתרים לעניין חלקו הראשון של התנאי, כאמור לעיל. כך למשל, "מקווה" ו"טיפת חלב" אינם מגיעים לכדי היקף כספי של 20 מיליון ש"ח. מנגד, "מקוואות" ו"טיפות חלב"- בלשון רבים, ככתוב בתנאי הסף למכרז, יכולים לקיים את חלקו הראשון של התנאי.

לעומת זאת, "היכל תרבות"- אחד, כפי שגם הוגדר בסעיף התנאי (בלשון יחיד), עשוי להגיע לעלות בניה של 20 מיליון ₪.

מכאן, שלא בכדי בחרו מנסחי המכרז לנסח מבנים מסוימים בלשון רבים ואילו אחר- "היכל תרבות", בלשון יחיד.

אין אפוא לקבל פרשנות המשיבות כאילו נקיטת לשון רבים בהגדרת "מבנה" נועדה לשמש כדוגמאות בלבד, שאילו כך גם "היכל התרבות" היה מופיע בלשון רבים.

**ב.** מפירוט הצעותיה של המשיבה 2, עולה כי פירשה את תנאי הסף למכרז באופן דומה לפרשנותה של העותרת, ולפיכך כללה ברשימת הפרויקטים שלה, פרויקטים שאינם "מבנה אחד".

הדבר מחזק את הקביעה כי יש לקבל את פרשנותה הסבירה והמקיימת של העותרת לתנאי הסף, "כדי להגן על הסתמכותו של הצד שלא נטל חלק בניסוח המכרז..." ולאור פרשנותה של המשיבה 2, ברור, כי מתקיים התנאי "ובלבד שאדם סביר בנעליו אכן היה יכול לפרש את תנאי המכרז כפי שפירשם צד זה".

העובדה כי פרשנותה של המשיבה 2 לתנאי המכרז היא פרשנות דומה לזו של העותרת עולה גם מכתב טענותיה של המשיבה 2 בעתירה הקודמת (נספח י"ט לעתירה). שם בע"מ 3 לתשובתה, בסעיף 9, טענה כי העותרת אינה עומדת בתנאי הסף משלא הציגה "יכולת לבנות מבנה אחד במקום אחד, או בקומפלקס של מספר מבנים במתחם אחד, בהיקף כספי של 20 מיליון ₪."

בתשובתה לעתירה דנן, שינתה המשיבה 2 את ניסוח טענתה ואף שינתה את מהותה: "העותרת לא הציגה יכולת לבנות מבנה אחד התואם את הגדרת אופי המבנה שבמכרז, בהיקף כספי של 20 מיליון ₪....". (ע"מ 5 לתשובה לעתירה דנן).

לא בכדי נמנעה אחת מחברי וועדת המכרזים, הגברת בורשטיין, מהצבעה משלא קיבלה תשובה לשאלתה בדיון הראשון בוועדת המכרזים, האם בית ספר המורכב משני מבנים, עונה על הגדרת "מבנה". נראה כי אין ולא צריך להיות הבדל בין מספר מבנים הנמצאים בקומפלקס במתחם אחד, לבין מספר מבנים במתחמים שונים ובלבד שמדובר בפרויקט כספי אחד המאושר בחשבון סופי על ידי המזמין.

**ג.** אין לקבל את טענת המשיבה 2, לפיה פרשנות העותרת ל"מבנה" על פי הגדרתו בתנאי הסף למכרז, מעוותת את המונח הפשוט להבנה "מבנה אחד" כמקובל בלשון הדיבור, לאור הפרויקטים שהציגה בעצמה בהצעתה למכרז: האחד שכולל מבנה אחד, בתי מלאכה ועבודות פיתוח- בשתי חשבוניות שונות ומספרי הזמנה שונים; השני- שעניינו עבודה ב"בית 7 ובית 9"- שני מבנים, ואחד מהם רק שופץ; השלישי- שדרוג חדרי הניתוח הכולל שני מבנים, כלשון צו התחלת העבודה לפרויקט זה. טענת המשיבה 2 בסעיף 18 לתשובתה כי הוראת הגדרת "מבנה" כוללת מבנה אחד ולא מספר מבנים, פוסלת הלכה למעשה, את הצעתה שלה.

טענת המשיבות כאילו המשיבה 2 עומדת בתנאי המכרז לאור שלושת הפרויקטים השונים שהציגה ואשר די בכל אחד מהם כשלעצמו כדי להוכיח עמידה בתנאי הסף, אינה יכולה להתקבל כפי שיפורט להלן:

הפרויקט הראשון שהציגה המשיבה 2 לוועדת המכרזים, הוא המבנה שהוקם בעבור חברת החשמל. לטענת המשיבה 2 החשבון הסופי בפרויקט זה עומד על 22.5. מיליון ₪. להוכחת טענתה צירפה המשיבה 2 שני חשבונות סופיים ובמסמך ההבהרות, שהגישה לוועדת המכרזים (נספח ח' לעתירה) הסביר נציג המשיבה 2, כי חברת החשמל הפרידה, מטעמי נוחות, את עבודות הפיתוח ואת הקמת המבנה, שהיו במכרז אחד, לשני חשבונות.

לשאלת וועדת המכרזים, האם ללא מבנה בית המלאכה שנבנה במסגרת העבודה בחברת החשמל עדיין מגיעים ל-20 מיליון לפני מע"מ, השיבה המשיבה 2, כי גם ללא בית המלאכה, עלות מבני המשרדים שהוקם כולל עבודות הפיתוח עובר את ה-20 מיליון ₪. המשיבה 2, לא צירפה מסמך להוכחת טענתה זו. בנספח א' לתשובת המשיבה 2, אומנם נכתב בכתב יד "מצורף חשבון סופי", ואולם חשבון כזה לא צורף (ראה דברי ב"כ המשיבה 1 בע"מ 9 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט). ויודגש, כי לעניין הזמנה מספר 530 מדובר ב"הקמת מבנה מנהלה ובתי מלאכה" (ולא בית מלאכה) ראה נספח ב' לתשובת המשיבה 2.

(החשבונות האמורים מצורפים כעמודים 279- 280 כנספח כ"ט לעתירה).

ואולם, עיון בעמודים הנ"ל מעלה כי מדובר בשתי הזמנות שונות, שהסכום הכולל שלהן הוא 22.5 מיליון ₪. הזמנה אחת מסתיימת בספרות 634 ומתוארת "אתר גזר איסוף השפכים הסניטריים". החשבון שהוגש לגביה עומד על סך 3,587,611.44 (₪).

ההזמנה השנייה שהיא להקמת מבנה מנהלה ובתי מלאכה, מסתיימת בספרות 530. החשבון שהוגש לגביה הוא 18,904,763 ₪.

המסקנה האמורה מהאמור לעיל, היא כי המשיבה 2 לא הוכיחה בניית מבנה אחד, שהוא בניין אחד אשר היקפו הכספי הינו לפחות 20 מיליון ₪.

בדיון בפני מיום 1.2.17, טענה המשיבה 2 כי גם אם "נחלק" את החוזים (לאור פיצול החשבוניות על ידי חברת החשמל), אזי עדיין המשיבה 2 עומדת בתנאי של שני מבנים בעלות של 30 מיליון ₪. ואולם, העמידה בתנאי זה אינה יכולה להיבחן במסגרת העתירה דנן משהמשיבה 2 לא טענה זאת בפני וועדת המכרזים וממילא, וועדת המכרזים לא דנה בכך ולא הכריעה בעניין זה.

הפרויקט השני שהציגה המשיבה 2, הוא פרויקט "עבודות בינוי ומערכות בבית 7, בבית 9 ובמרכז האנרגיה" במרכז הגריאטרי בנתניה (נספח כ"ז לעתירה).

על פי פרוטוקול וועדת המכרזים מיום 18.12.16 (ע"מ 4- 5) גם פרויקט זה אינו עונה על תנאי הסף של המכרז, על פי פרשנות המשיבות, אותה הן מבקשות להחיל על העותרת.

במהלך השימוע שנערך למשיבה 2 בוועדת המכרזים (בהתאם לפסק הדין בעתירה הקודמת), שאל מר שור את נציגי המשיבה 2, ביחס לפרויקט זה "לגבי בית החולים בנתניה זה מבנה אחד?".

לכך השיב ב"כ המשיבה 2, עו"ד ישראל: "הוא בנה את בניין 7 שזה בנייה מהיסוד ובמבנה 9 שיפץ חדר ניתוחים". כלומר, אין מדובר במבנה אחד שהיקף עלות בנייתו עומד על סך של 20 מיליון ₪, אלא שמדובר בפרויקט שעלותו 26,679,991 ₪, סכום הכולל את עלות עבודה בשלושה מבנים (בית 9, בית 7 ומרכז אנרגיה) ולא במבנה בודד על פי פרשנות המשיבות.

לפיכך, גם הפרויקט הנ"ל אינו יכול להועיל למשיבה 2 לצורכי עמידה בתנאי הסף של המכרז על פי פרשנות המשיבות.

הפרויקט השלישי של המשיבה 2 שעניינו "שדרוג חדרי ניתוח הכולל שני מבנים: מבנה מס' 1- הקמת חדרי ניתוח ממוגנים; מבנה מס' 2- שיפוץ ושדרוג חדרי ניתוח בבית החולים רבקה זיו, צפת". על פי רשימת הפרויקטים שצירפה המשיבה 2 למסמכי המכרז (נספח כ"ו לעתירה) העלות הכוללת של הפרויקט הנ"ל עומדת על סך של 22,300,000 ₪.

כבר למקרא כותרת הפרויקט כפי שניסחוה מזמיניו, ברור כי גם פרויקט זה לא יועיל למשיבה 2, לצורכי עמידה בתנאי הסף של המכרז, על פי הפרשנות שמציעות המשיבות, אותה פרשנות הפוסלת את העותרת כלא עומדת בתנאי הסף.

ראשית, המדובר בשני מבנים, פשוטו כמשמעו. יתירה מכך, רק מבנה אחד עניינו "הקמה" ואילו השני עניינו "שיפוץ ושדרוג".

בשימוע האמור, נשאל נציג המשיבה 2, לעניין פרויקט זה, האם חדרי הניתוח נמצאים באותו מבנה והאם המשיבה 2 בנתה אותם מהיסוד, או רק שיפצה אותם.

לכך השיב נציג החברה, לאחר שהציג תמונות של חדרי הניתוח: "את חדרי הניתוח בנינו מהייסוד בניין אחד ובו 5 חדרי ניתוח ממוגנים, זו הייתה עבודה מאוד קשה ומסובכת".

כשנאמר לו על ידי חבר הוועדה, מר אמסילי, כי החברה השנייה- קרי העותרת, "טוענת שעשית רק שיפוצים". השיב נציג החברה "אני בניתי את כל חדרי הניתוח לבד ובנוסף ביצעתי גם שיפוץ של חדר ניתוח". מתשובתו השנייה, כמו גם ממסמכי הזמנת הפרויקט "צו התחלת עבודה" (נספח כ"ח לעתירה), ברור כי אין מדובר במבנה אחד וכי החשבונית המוצגת על סך של למעלה מעשרים מיליון ₪, כוללת את העלות של הקמת חדרי הניתוח וכן שיפוץ ושדרוג של חדרי ניתוח במבנה נפרד ואחר.

המשיבה 2 לא הוכיחה כי עלות מבנה אחד של חדרי הניתוח הוא לפחות 20 מיליון ₪.

קבלת טענות המשיבות בדבר פרשנות תנאי הסף תוביל לא רק לפסילת הצעת העותרת כי אם גם לפסילת הצעת המשיבה 2. תוצאה זו משמעה העדפת פרשנות הפוסלת את ההצעות וזאת בניגוד להלכה, כמצוטט לעיל.

**4. תכלית התנאי**

אין לקבל את טענת המשיבות כי תכלית התנאי הנדון היא "מורכבות המבנה".

מה שנדרש בסעיף, הוא ניסיון בבניית מבני ציבור דווקא, על פי פירוט סוגי המבנים, להבדיל מבתי מגורים ובהיקף הכספי כמפורט בסעיף תנאי הסף למכרז.

ויודגש לעניין המורכבות, כי לעותרת ניסיון בבניית מבנה מגורים בהיקף הכספי הנדרש. לא נראה כי קיים שוני במורכבות בנייתו של בניין מגורים ביחס לבניית המבנה מושא המכרז – מכרז לבניית אגף גבייה בעירייה. לא הוכח כי בנייתו היא מורכבת במיוחד.

אילו רצו מנסחי המכרז לייחד את דרישת המורכבות היו עושים כן, ולא מייחדים את הניסיון בבניית מבני ציבור. נראה כי במקרה כזה, הייתה העותרת מציגה לוועדת המכרזים ניסיון קודם המעיד על מורכבות, ולאו דווקא במבני ציבור.

עניין זה עלה בשימוע שנערך לעותרת בפני וועדת המכרזים (בעקבות פסק הדין בעתירה הקודמת) מיום 18.12.16. במסגרת השימוע, נשאל נציג העותרת על ידי חבר וועדת המכרזים באשר ל"עבודה אחת גדולה שעשיתם" וזה השיב כי בנה מהיסוד מבנה דירות, כולל מזגנים וגילוי אש.

בתשובה לשאלה מדוע ניסיון הבניה של בניין זה לא הוגש לוועדת המכרזים, השיב נציג העותרת כי זה לא נדרש בתנאי המכרז "אתם ביקשתם מבנה ציבור לא מבנה מגורים אז לא הגשנו".

העותרת הוכיחה ניסיונה על פי דרישת תנאי המכרז, הקובע את הגדרת "מבנה" לצורכי המכרז ולפיו "גני ילדים"- בלשון רבים עונה על הגדרה זו.

עמדת המשיבה 2 בעתירה הקודמת, כאמור בסעיף ד3ב. לעיל, לפיה מספר מבנים בקומפלקס אחד, במתחם אחד, עומדים בהגדרת "מבנה" בתנאי הסף, סותרת גם היא את הטענה כאילו תכלית התנאי היא בשל מורכבות המבנה.

לכן, התכלית של תנאי הסף הנידון, היא כטענת העותרת, להוכיח יכולת ביצוע בפרויקט אחד של מבני ציבור, שהיקפו הכספי הוא לפחות 20 מיליון ש"ח, וזאת הוכיחה העותרת בפרויקט גני הילדים.

**5.** לסיכום, על פי לשון המכרז ותכליתו, שהיא הוכחת יכולת ביצוע של פרויקט בניה של מבני ציבור, בהיקף כספי של לא פחות מ- 20 מיליון ₪, ועל פי הפסיקה, על פיה, כאשר קיימים מספר פירושים סבירים ללשון המכרז, יש להעדיף פרשנות המקיימת הצעות על פני פרשנות הפוסלת אותן, יש לפרש את הגדרת "מבנה" בתנאי הסף במכרז הנדון, כמבנה הכולל מספר מבנים, כפרשנות העותרת ולא כמבנה הכולל מבנה בודד אחד, כפרשנות המשיבות, גם אם פרשנות המשיבות סבירה היא.

בדומה לעניין סופרמאטיק שלעיל, גם בענייננו אין לקבל את טענת המשיבה 1, כפי שלא התקבלה טענת המערערת שם, לפיה פרשנות תנאי המכרז מחייבת את פסילת ההצעה הזוכה, היא הצעתה של העותרת.

וועדת המכרזים לא הונחתה בייעוץ משפטי ולא הנחתה עצמה על פי הפסיקה המצוטטת לעיל, בעניין סופרמאטיק, ועל כן יש לבטל את החלטת וועדת המכרזים.

**6.** לא מצאתי כי העותרת התנהלה בחוסר תום לב כנטען על ידי המשיבה 1. בנספח ב' לעתירה פורטו עבודות שביצעה העותרת עבור המשיבה 1 ולא נטען בו כי בכך עומדת העותרת בתנאי הסף.

(מפורטים בו גם עבודות שהיקפן הכספי פחות בהרבה מ-20 מיליון ₪).

**7.** אשר על כן ובקבלי את העתירה, יש לבטל את החלטת וועדת המכרזים, ובהיות הצעת העותרת ההצעה הזולה ביותר, תהא העותרת הזוכה במכרז.

המשיבות יישאו בהוצאות העותרת בסך 15,000 ₪ כל אחת.

ניתן היום, י"ז שבט תשע"ז, 13 פברואר 2017, בהעדר הצדדים.

